

O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional(1)

Autor: Edilson Pereira Nobre Júnior

Juiz Federal no Rio Grande do Norte,

Professor da UFRN,

Doutor em Direito pela UFPE

Publicado na Edição 19 - 27.08.2007

Sumário: 1 O político versus o jurídico na norma constitucional (à guisa de intróito). 2 O constitucionalismo e os novos direitos. 3 Políticas públicas como instrumentos de concretização dos novos direitos fundamentais. 4 A intervenção do Judiciário: legitimidade e limites. 5 Novamente a intervenção do Judiciário: instrumentos disponíveis, alguns precedentes e o papel da ADPF. Síntese conclusiva.

1 O político versus o jurídico na norma constitucional (à guisa de intróito)

Um ponto sempre capaz de evocar polêmica é o pertinente à juridicidade da norma constitucional.

Isso porque, na conturbada Europa do século XIX, no auge das disputas travadas entre monarquistas e seus contendores, predominava a crença de que a Constituição não passava de documento inerente à organização do poder político, sem condições de vincular a ação dos governantes.

Daí que Ferdinand Lassale, em conferência pronunciada em 16 de abril de 1862, à luz da situação política vivenciada pela Prússia desde o final da década de 1840, com particular ênfase aos embates de 1861 e 1862 entre o Partido Progressista, majoritário no Parlamento, e Bismarck, acerca do orçamento militar, assentou a constatação de que todo Estado tem e sempre possuiu uma Constituição real ou verdadeira, diversa da Constituição escrita, a qual não seria mais do que uma folha de papel.

Tal decorria da circunstância de não serem os problemas constitucionais questões jurídicas, mas de poder, e, por isso, "a verdadeira Constituição de um país somente reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem nesse país" e que "as Constituições escritas não têm valor nem são duradouras mais do que quando dão expressão fiel aos fatores de poder vigentes na realidade social".(2)

Quase um século mais tarde, em aula inaugural na Universidade de Freiburg no ano de 1959, Konrad Hesse propende à desmitificação do remate de Lassale, indagando se, ao lado do poder determinante das relações fáticas, resultantes das forças políticas e sociais, haveria, igualmente, uma força determinante do direito constitucional.

Não obstante reconhecer que a Constituição se encontra condicionada pela realidade histórica, da qual depende a sua pretensão de eficácia, Hesse também não deixa de olvidar que aquela, em face de seu componente normativo, ordena e é capaz de conformar a realidade político-social. Não se acha, assim, a Constituição unicamente condicionada pelo cenário fático existente, tocando ao direito constitucional “explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional”.(3)

Em recente trabalho, Alejandro Nieto(4) principia por aprofundar a lição acima, advertindo que a Constituição é, ao mesmo tempo, um fenômeno jurídico e político que não pode ser compreendido unilateralmente sem grave risco de disfunção.

Essa dualidade, ainda que, à primeira vista, possa parecer de interesse apenas histórico, apresenta-se fundamental para a abordagem do tema proposto.

Não se pode desconhecer que, na atualidade, a efetivação dos direitos sociais tem-se constituído um verdadeiro cavalo de Tróia para o direito constitucional, tendo em vista à discussão acerca da obrigatoriedade do cumprimento pelo Poder Público das normas que os consagram.

Em decorrência, não se pode olvidar a necessidade de se descortinar o papel do Judiciário na implementação de tais normas, competência cujo caráter político é indisfarçável, adensado pela abertura e pela elevada abstração das normas constitucionais(5) e ainda pela circunstância de que tais decisões implicam, com frequência, análise de atribuições confiadas a outros segmentos estatais.(6)

Para tanto, faz-se necessário, antecipadamente, analisar o desenvolvimento obtido pelos direitos fundamentais e os desafios à concretização das suas novas modalidades, tarefa à qual passaremos doravante.

2 O constitucionalismo e os novos direitos

É consabido que os direitos fundamentais têm o seu reconhecimento tributado a longa formulação histórica, advindo de paulatina origem em lutas em detrimento de antigos padrões de exercício do poder.(7)

Poupando-se um maior recuo no tempo, pode-se afirmar que aqueles tiveram seu princípio no enfrentamento pela limitação do poder absoluto do Estado. Disso constituíram os mais vivos testemunhos as declarações de direitos inglesas, de que foi exemplo a Magna Carta Libertatum,(8) outorgada em 15 de junho de 1215 por João Sem-Terra a seus barões, na qual, entre outros, restaram previstos que: a) nenhum tributo ou taxa poderia ser cobrado sem o consentimento do conselho geral do reino (Capítulo 12); b) a pena decorrente da prática de um delito deveria ser proporcional à sua gravidade (Capítulo 20); c) ninguém poderia ser privado de sua liberdade, ou de seus bens, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país (Capítulo 39). Embora destinado à disciplina de relações entre o monarca e os senhores feudais, não se pode negar que tal documento tivera um alcance maior, abrangendo, com o passar do tempo, outras parcelas da população.

Continuando o objetivo de contenção do poder real, iniciado pela Magna Carta, conferir as declarações que respaldaram as Revoluções Americanas, como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, de 12 de janeiro de 1776, e a Declaração de Independência, de 04 de junho de 1776, e Francesa, celebrizada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, seguida pela Constituição do Ano I, de 24 de junho de 1793.

Impregnadas de forte lastro jus-racionalista, tais documentos exaltaram o status dos homens como livres e iguais em direitos. Propunham-se à proteção da liberdade e da propriedade dos indivíduos frente à autoridade estatal, a qual somente poderia restringir os direitos daqueles, transpostos de súditos a cidadãos, mediante lei, instrumento resultante da vontade geral, manifestada pelos representantes populares nas assembléias.

Realçando essa tendência, eis os seguintes preceitos da Declaração de 1789: “Artigo 5o. A lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não é proibido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer tudo o que ela não ordene. Artigo 6o. A lei é expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir” (primeira parte).

Assistimos, assim, ao surgimento dos direitos individuais, a que a doutrina hodierna convencionou denominar de direitos fundamentais de primeira geração, ou ainda direitos de liberdade ou de defesa,

destinados a proteger o cidadão contra as intervenções estatais em sua esfera de liberdade, cuja tamanha influência serviu para moldar o conceito clássico de Constituição que, nos termos do art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pressupunha, ao lado do estabelecimento da divisão de poderes, a garantia dos direitos individuais.

A tônica era, portanto, a omissão do Estado frente aos direitos e atividades dos cidadãos, assegurando-se, de conseguinte, uma esfera necessária à liberdade destes.

Com o passar de algumas décadas da irrupção do Estado Liberal de Direito, as transformações sofridas nas relações econômicas européias, decorrentes da gradual substituição do setor agrário pela florescente industrialização como atividade principal, implicou o repensar do conceito de igualdade, forjado pelo liberalismo.(9)

As precárias condições de subsistência aos operários impostas por força do predomínio da autonomia da vontade, amparada na pseudo-ideia de igualdade formal então dominante, passaram a exigir do Estado uma mudança de postura, consistente no abandono do absentismo frente às relações econômicas que vinculavam os cidadãos.

Destacando tais reclamos, pode-se citar as manifestações que resultaram no Manifesto Comunista (1948), na Comuna de Paris (1871) e na elaboração da doutrina social da Igreja, iniciada, em 15 de maio de 1891, pela Encíclica Rerum Novarum, de autoria do Papa Leão XIII.

À guisa de reflexos no constitucionalismo, veio a lume a Constituição mexicana, de 31 de janeiro de 1917, a trazer em seu texto o enunciado de direitos além dos de liberdade, enfatizando, no seu art. 3º, I, alínea a, que a garantia da democracia não somente pressupõe “uma estrutura jurídica e um regime político, mas também um sistema de vida fundado na constante promoção econômica, social e cultural do povo”.

Logo em seguida, tem-se a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, a qual, ao depois de exaltar em seu preâmbulo a liberdade e a justiça, continha, em sua Parte II (Direitos e deveres fundamentais dos alemães), cinco seções, dentre as quais três dedicadas a direitos que extravasavam do objetivo de limitar a ação intervencionista estatal, tais como os inerentes à vida social (Título II), à educação e ao ensino (Título IV) e à vida econômica (Título V).(10)

Nascem daí os denominados direitos sociais, ou direitos de prestação, no sentido de assegurar aos indivíduos melhores condições de vida social e econômica, reduzindo-se a desigualdade e buscando concretizar a justiça social. Ao invés de uma abstenção do Estado, tal complexo de direitos requer deste (e, nalguns casos, complementarmente, dos particulares) ações positivas para a sua real implementação em prol da coletividade.

Tomando por lastro o modelo perfilhado pela Constituição portuguesa de 1976, Jorge de Miranda⁽¹¹⁾ procede a vasto confronto entre denominados direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais.

Procurando evitar, por razões de concisão, a menção completa dos pontos de identificação de ditas categorias, descritos pelo autor, enfatizo dois aspectos de maior relevância.

O primeiro deles está em que os direitos, liberdades e garantias, de mais presente feição individualista, resumem-se num direito geral de liberdade, enquanto os direitos sociais constituem um direito geral à igualdade.

Por isso, nos direitos, liberdades e garantias, parte-se da idéia de que as pessoas, somente por esta qualidade, ou por ostentarem determinada qualificação, fazem jus ao seu respeito e proteção pelo Estado, já os direitos sociais decorrem da existência de desigualdades e de situações de necessidades por parte de seus titulares, resultantes de condições físicas e de saúde das pessoas, ou condições exógenas (econômicas, sociais, geográficas, etc.). Disso se obtém que os direitos, liberdades e garantias são direitos de libertação e de proteção do poder, ao passo que se caracterizam os direitos sociais como direitos de libertação da necessidade e, simultaneamente, direitos de promoção.⁽¹²⁾

Outra distinção se extrai da circunstância da maior parte dos direitos, liberdades e garantias vir consignada em normas constitucionais imediatamente exeqüíveis, verificando o inverso quanto aos direitos sociais. Estes, diferentemente, têm sua previsão em normas quase sempre programáticas, as quais precisam, para sua concreção, virem acompanhadas de lei e modificações econômicas, sociais, ou administrativas.

Desse modo, os direitos, liberdades e garantias possuem um conteúdo essencialmente determinado (ou determinável) ao nível das próprias normas que os consagram. Em sentido oposto, os direitos sociais têm a delimitação de sua substância submetida, em ponderável parcela, à opção legislativa. É que sua estrutura normativa, de regra aberta, recebe, em sua concretização, influência da política econômica e social escolhida pelo eleitorado.⁽¹³⁾

Dessa lição se pode concluir, com segurança, que os direitos sociais, tanto em sua determinação quanto em sua aplicação, estão submetidos à atuação dos poderes constituídos. A sua formulação concisa nos textos constitucionais faz emergir a necessidade de sua concretização pelos setores políticos, a fim de que possam ser modulados em compasso com as circunstâncias sociais e econômicas preponderantes.

Sem embargo de sua presença marcante nas versões constitucionais mais recentes,⁽¹⁴⁾ nossa propensão ao constitucionalismo social se iniciou com a Constituição de 1934, mais precisamente nos seus Títulos IV (da ordem econômica e social) e V (da família, da educação e da cultura), constando, atualmente, de previsão no Título II, Capítulo II, da Constituição de 1988, juntamente com dispositivos constantes nos Títulos VII e VIII, relativos à ordem econômica e financeira e à ordem social.

Não esquecer que a evolução dos direitos fundamentais não para por aí, havendo que se cogitar daqueles fundados na consideração do homem como parte integrante de um grupo, chamados direitos de terceira geração, de determinação ainda não muito precisa, cujos titulares não recaem no indivíduo em si, mas na própria coletividade ou em agrupamentos sociais. São os direitos difusos e coletivos, como é o caso, entre outros, dos direitos ao meio ambiente equilibrado, à paz, ao desenvolvimento, à proteção dos consumidores, à tutela do patrimônio histórico e cultural. Sua vocação se prende à busca de uma melhor qualidade de vida à comunidade.

Nossa Lei Básica os disciplinou, conforme se pode ver nas diretrizes gerais, para a salvaguarda do meio ambiente (art. 225), dos direitos do consumidor (arts. 5º, XXXII, e 170, V), do patrimônio cultural (arts. 215 e 216) e para a procura do desenvolvimento científico (arts. 218 e 219), não passando despercebida a criação de remédios jurídicos aptos à sua proteção (inquérito civil e ação civil pública), cuja legitimidade fora atribuída ao Ministério Público (art. 129, III).

Quanto à sua concretização, tais direitos, demais de fortemente aparelhados pela exigência de participação e informação, a exemplo dos direitos sociais, possuem um grau de determinação escasso, não prescindindo, igualmente, da atuação do legislador para a delimitação de seu conteúdo.⁽¹⁵⁾

Essa nota se aparenta cristalina em Nicolao Dino de Castro e Costa Neto⁽¹⁶⁾ que, reportando-se à província ambiental, a pretexto de procurar a delimitação do princípio da intervenção estatal compulsória, adianta encontrar-se o Estado obrigado a adotar

medidas de cunho positivo, tais como limitações à propriedade, desempenho do poder de polícia, a implementação de políticas públicas adequadas à promoção ambiental, à elaboração de sistema normativo inspirado pelo valor ambiental e a atuação jurisdicional eficaz.

3 Políticas públicas como instrumento de concretização dos novos direitos fundamentais

Ponto que já resta assente nesta exposição é o tormento acerca da realização das normas constitucionais que definem as novas categorias de direitos fundamentais.

Para a pronta consecução desse anelo se faz necessária a utilização das políticas públicas.

O termo política, que substantiva a expressão acima, apresenta novidade na ambiência do universo jurídico, cabendo a tentativa embrionária de sua significação a Dworkin. De fato, este autor, a pretexto de distinguir policy do que se deve compreender por princípio, acentuou que aquela deve ser entendida como uma meta ou diretriz a alcançar, consistente em melhoria econômica, política ou social da comunidade, enquanto o princípio visa estabelecer a garantia de um direito de cunho individual.

Em versão espanhola de sua obra, vê-se, com nitidez, a decantação entre diretriz política e princípio assim exposta: "Chamo 'diretriz', ou 'diretriz política', ao tipo de padrão que propõe um objetivo que tem de ser alcançado; geralmente, uma melhoria em algum traço econômico, político ou social da comunidade (...). Chamo 'princípio' a um padrão que tem de ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social, que se considera desejável, mas sim porque é uma exigência da justiça, da equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade".(17)(18)

Partindo-se dessa noção, política pública deve ser compreendida não como ato ou atos isolados, mas como um conjunto de atuações do Poder Público. Como bem frisa Fábio Konder Comparato aquela "é um programa governamental", não se restringindo a normas ou atos singulares, mas antes consistindo "numa atividade, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado".(19)

Prosseguindo, acrescenta que toda política pública, como programa de agir, envolve uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos (pessoais, institucionais e financeiros), tais como leis, regulamentos, contratos e atos administrativos da mais

variada espécie. O que dá sentido a esse conjunto seria o objetivo eleito pelos órgãos estatais ou imposto pela Constituição.(20)

Em sentido idêntico, o dissecar do conceito de política pública não passou despercebido a Cristiane Derani, para quem aquela “é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes”.(21)

Para a autora, a política surge, no interior do Estado, em três momentos. Em primeiro lugar, há a tomada duma decisão estatal, da alçada de agentes públicos, com a intermediação maior ou menor dos segmentos sociais, cujo conteúdo está circunscrito à atribuição constitucional e normativa de forma geral.

Ao depois, vem a possível fase da alteração institucional, consistente em mudança estrutural ou organizacional no âmbito da Administração, podendo-se exemplificar, entre nós, pela criação das agências e desestatização, atribuindo-se novas obrigações aos agentes públicos.

À derradeira, existem as ações públicas propriamente ditas, no sentido de concretizarem os valores normativos postos pela Constituição.(22)

Em vários momentos, o Constituinte de 1988 se referiu, tanto no singular quanto no plural, ao termo política com o significado de programa de ação governamental. Basta que, numa leitura passageira do texto da Lei Maior, observem-se os artigos: a) 22, IX, atribuindo competência à União para legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes; b) 23, XII, estatuinto a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito; c) 39, caput, contemplando a instituição, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de conselho de política de administração e de remuneração de pessoal; d) 165, § 2º, parte final, segundo o qual a lei orçamentária estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento; e) 182, caput, §1º, inserto no Capítulo II (Da Política Urbana) do Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), ao ditar que a política de desenvolvimento urbano a ser executada pelo Poder Público municipal terá suas diretrizes gerais fixadas em lei federal, sendo seu instrumento básico o plano diretor; f) o 187, caput, § 2º, inserto também no Capítulo III (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária) do Título VII, ao prever que a política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva dos setores de produção, comercialização, armazenamento e de transportes, de acordo com as diretrizes indicadas nos seus incisos I a VIII, será compatibilizada

com as ações de política agrícola e reforma agrária; g) 188, caput, ao prescrever que a destinação das terras públicas e devolutas compatibilizar-se-á com a política agrícola; h) 196, caput, proclamando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas; i) 200, IV, ao frisar competir ao sistema único de saúde participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; j) 204, II, ao consignar a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis; l) 50 do ADCT, de acordo com o qual lei, a ser promulgada dentro de um ano, definirá os instrumentos de política agrícola.

Visualizada a significação de política pública, a abranger ações estatais e decisões administrativas, não se olvida que a elaboração daquela pressupõe respaldo no sistema jurídico, seja de caráter constitucional ou legal.

Isso se explica, primeiramente, pela circunstância da adstrição do Poder Público à juridicidade, conforme se vê, com limpidez, do art. 37, caput, da Lei Máxima.

De outro lado, também não esquecer que, em face da textura assiduamente aberta das normas constitucionais, as opções a serem consideradas prioritárias hão de partir dos poderes constituídos, cabendo tal responsabilidade, num primeiro plano, ao legislador.

A propósito dos direitos sociais dependentes de prestações estatais, acentua Vieira de Andrade: "O conteúdo dos direitos sociais a prestações é, portanto, em última análise, determinado pelas disposições do legislador ordinário, actuando por delegação constitucional. A ele se destinam as directrizes constitucionais a propósito de cada um dos direitos a prestações".(23)

A mesma opinião é encontrada em Lívio Paladin, o qual, atento à seguridade social, cuja intervenção pública exige custos ponderáveis e onerosos, averba: "É, portanto, inevitável que seja reservado ao legislador ordinário – como notou algumas vezes a Corte Constitucional – o dever de determinar o montante das prestações, não somente em vista das 'exigências de vida dos trabalhadores', mas também em considerações das 'efetivas disponibilidades financeiras'".(24)

Interessante saber – e isto será o questionamento a ser desenvolvido no tópico seguinte – se ao Judiciário se deferiu uma obrigação de neutralidade no campo inerente às políticas públicas, ou se àquele se faz indispensável a competência para intervir quando de sua

execução, ou, com maior frequência, diante da omissão do Estado em implementá-las.

4 A intervenção do Judiciário: legitimidade e limites

A possibilidade dos órgãos judiciais proferirem deliberações com vistas a obrigar o Governo a desenvolver ações, tendentes à realização de determinados direitos fundamentais, ou para impedir atividades públicas que os violem, como é o caso do meio ambiente, depende, antes de mais nada, do grau de vinculação do Estado às normas constitucionais que os consagram.

Esse primeiro aspecto do problema há de ser resolvido de conformidade com as peculiaridades do sistema jurídico analisado.

Se tomarmos, com o propósito exemplificativo, o modelo da Constituição espanhola de 1978, constatar-se-á uma maior dependência do legislador no que concerne à efetividade dos direitos fundamentais de segunda e terceira geração.

O art. 53 daquela, amenizando o teor do seu art. 9.1, não obstante afirmar, no seu inciso segundo, que os direitos reconhecidos nos seus arts. 14 a 38 são suscetíveis de tutela imediata perante os tribunais ordinários, menciona, no seu inciso terceiro, o seguinte: "O reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo terceiro informarão a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Somente poderão ser alegados perante a jurisdição ordinária de acordo com o disposto nas leis que os desenvolvam".(25)

Desse modo, vê-se que, a despeito de deverem ser levados em consideração pelo legislador ordinário, limitando sua liberdade de conformação, bem como serem prestimosos no auxílio da interpretação adotada pelos órgãos judiciais e administrativos, a sua defesa imediata perante o Judiciário far-se-á nos limites traçados pelo legislador.

Tal é o entendimento do Tribunal Constitucional, podendo-se invocar a Sentencia 80/1982, em cuja ementa se lê a passagem: "1. O valor normativo imediato dos arts. 39 a 52 da C.E. tem de ser modulado nos termos do art. 53.3 da Norma fundamental; mas não pode caber dúvida alguma acerca da vinculação imediata (isto é, sem necessidade de mediação do legislador ordinário) dos arts. 14 a 38, integrantes do Capítulo Segundo do Título I, pois o parágrafo primeiro do art. 53 declara que os direitos e liberdades reconhecidos em dito capítulo 'vinculam a todos os poderes públicos'".(26)

Já a Constituição brasileira de 1988, no art. 5º, § 1º, inserido no Capítulo I (Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), proclama: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Referida norma, de logo, enseja o questionamento relativo à delimitação de seu âmbito de abrangência, ou seja, se incide ou não sobre os direitos fundamentais não listados no art. 5º da CF.

Para tanto, importante, mais uma vez, o recurso ao direito estrangeiro, mais precisamente às fontes inspiradoras do dispositivo em exame.

A primeira referência do Constituinte de 1988 adveio da Lei Fundamental de Bonn de 1949, cujo art. 1.3 dispõe: “Os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estarão obrigados a considerar como diretamente aplicáveis os direitos fundamentais a seguir enunciados”.(27)

Atento ao dilema, Robert Alexy(28) enumera os argumentos favoráveis e contrários à pronta justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais. No plano da admissibilidade, aduz dois deles, a saber: a) a liberdade jurídica para fazer ou omitir algo pressupõe a liberdade fática ou real, ou seja, a possibilidade de escolher entre o permitido, o que somente se dá quando se possuem as condições da mesma, os bens materiais e espirituais enquanto pressupostos da autodeterminação; b) as circunstâncias envolventes da moderna sociedade industrial fazem com que a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontre seu substrato material num habitat por eles dominado, dependendo essencialmente de atividades estatais.

As objeções mais importantes contra os novos direitos fundamentais, por sua vez, recaem em fundamentos de ordem formal e material. Através do primeiro, parte-se do ponto de que tais direitos não são sindicáveis jurisdicionalmente ou o são em menor medida, justamente porque a maioria deles se apóia em objeto muito impreciso, de modo que a decisão acerca de seu conteúdo é um assunto da política. Isso significa que, de acordo com os princípios da divisão de poderes e da democracia, a competência para decidir sobre tais assuntos não cai dentro das atribuições dos tribunais de justiça, mas do legislador diretamente legitimado pelo povo.

O argumento – menciona o autor – adquire especial relevo devido aos efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais.(29)

O motivo de ordem material estaria no fato de que os direitos sociais são inconciliáveis com outras normas constitucionais, mais especificadamente com aquelas definidoras de direitos de liberdade. Por exemplo, a norma tutelar do direito ao trabalho entraria em colisão com aquela asseguradora do direito à liberdade de empresa, tornando a intervenção estatal neste ponto limitada.

Após ponderar tais raciocínios, conclui que a prestação, contida em norma instituidora de direito fundamental social, está definitivamente garantida pelo prisma jurídico quando: a) a lei exigir, urgentemente, o princípio da liberdade fática; b) se assim dispuser em acordo com a divisão de poderes e a democracia; c) os princípios materiais opostos sejam afetados numa medida relativamente reduzida através da garantia de seu núcleo fundamental.

Em todas essas hipóteses, sustenta o autor, estariam satisfeitos os direitos fundamentais sociais mínimos, melhor explicando, um mínimo vital, uma morada simples, a educação escolar, a formação profissional e um nível mínimo de assistência médica.

Adianta que a garantia do mínimo se impõe diante da competência orçamentária do legislador, mesmo quando são consideráveis os efeitos financeiros, em virtude de serem muitos os que pretendem fazer valer tais direitos.(30)

A opinião conta com o respaldo, noutra parte da obra do autor,(31) na narrativa de decisões do Tribunal Constitucional, proferidas em 1951 e 1975 sobre assistência social.

No primeiro aresto, a despeito de se afirmar que não é dever do legislador realizar o Estado social, não menos correto é que se aquele se omite arbitrariamente, ou seja, sem causa objetiva, ao cumprimento deste dever, poderá surgir direito do indivíduo a ser reclamado através de recurso de inconstitucionalidade.

Durante o segundo julgamento, enfatizou-se que a assistência social aos necessitados é um dos deveres óbvios do Estado social, incluindo-se, necessariamente, a ajuda aos cidadãos que, por força de doenças físicas e mentais, estão impedidos de desenvolver-se pessoal e socialmente, não podendo assumir os próprios meios de subsistência.

Outra fonte de inspiração do Constituinte pátrio foi o art. 18º/1º da Constituição da República Portuguesa: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Importante ressaltar que a aplicabilidade direta a que se refere o dispositivo não se confunde com sua execução imediata. Mesmo se reconhecendo caráter normativo a toda a Constituição, não se pode ter como consequência a de que seja sempre exequível por si mesma, uma vez que o surgimento de problemas quanto a direitos cujo exercício está necessariamente condicionado à edição de legislação integrativa.

No particular dos direitos fundamentais sociais, há que, primeiramente, observar, como o faz Vieira de Andrade,(32) que, nalgumas normas que os contemplam, aqueles se acham por apresentar uma determinação intensa de conteúdo, situação em que o seu regime jurídico se assemelha ao dos direitos, liberdades e garantias.

Caso assim não venham a se apresentar, pode-se notar que tais direitos, mesmo assim, não se encerram à província da mera proclamação, possuindo esboço em constituir normas preceptivas, a impor ao legislador a obrigação de agir para dotar o seu efetivo cumprimento.

Em segundo lugar, o conteúdo desses preceitos possui um núcleo essencial que emana da dignidade da pessoa humana, garantindo um mínimo ao seu titular.

Isso sem contar que, em instante anterior, o autor(33) extrai, com lastro no princípio da superioridade normativa da Constituição, a obrigatoriedade para os poderes estatais de, ao aplicarem as leis, laborarem em conformidade com os direitos fundamentais, sobressaindo-se daí os efeitos derogatório e interpretativo.

Esses valiosos ensinamentos não se mostram indiferentes à nossa realidade

José Afonso da Silva,(34) muito embora se posicione favoravelmente à incidência do art. 5º, §1º, da Constituição, aos direitos fundamentais dos arts. 6º a 11, do mesmo diploma, não desconhece que o problema da aplicabilidade imediata não desapareça quanto a algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos, dado que a Constituição faz com que elas dependam de legislação ulterior.

Clèmerson Clève,(35) após salientar que, no regime da Constituição de 1988, não está autorizada distinção de regime jurídico entre os direitos, garantias e liberdades e os direitos sociais, como se dá no sistema magno português, não é possível descartar um *discrímen* que deflui naturalmente da singularidade das estruturas normativas dos direitos.

Da mesma forma, Manoel Gonçalves Ferreira Filho,(36) às voltas com o art. 5º, § 1º, da CF, sustenta que jamais se pretendeu “fazer aplicável o inaplicável, nem quis deixar ao juiz – a pretexto de cobrir lacuna – o arbítrio de dar esta ou aquela feição a um direito ou garantia incompletamente caracterizados na Constituição”.

Podem ser extraídas, para o caso brasileiro, as seguintes consequências: a) tratando-se de norma constitucional dotada de densidade suficiente, a não depender de lei integradora, é possível o reconhecimento direto do direito social pelo Judiciário;(37) b) não portando tal qualidade, em regra, a exeqüibilidade do direito estaria a depender da intervenção do legislador, a quem compete o primeiro passo na formulação de uma política pública, não podendo se esquecer que deva ser assegurado pelo Estado um mínimo existencial ao cidadão, requisito quase sempre presente nas normas completas; c) a subordinação da eficácia da norma sobranceira à mediação do legislador impõe a este ônus de agir, configurando a inércia inconstitucionalidade por omissão; d) ainda quando dependente de complementação legislativa, as normas definidoras dos novos direitos invalidam, por inconstitucionalidade, os atos legislativos e administrativos que lhes sejam contrários, servindo, em face das diretrizes que costumam estabelecer, a limitar a liberdade de conformação do legislador; e) igualmente tais normas, mesmo sem a completitude necessária, influenciam, mediante o recurso interpretativo, as atividades da Administração e do Judiciário.

Essas, em linhas gerais, seriam hipóteses em que a intervenção judicial na execução de políticas públicas, visando à concretização dos novos direitos fundamentais, seria plenamente possível.

É certo que, com freqüência, a exemplo do sucedido na Alemanha, é posta em xeque a legitimidade do Judiciário para esta árdua tarefa, tendo em vista que, em se tratando a decisão quanto à implementação de política pública de matéria compreendida na alçada do Legislativo e do Executivo, cujos componentes são escolhidos pelo sufrágio popular, não poderiam sobre ela dispor os juízes, os quais são investidos por método diverso.

O obstáculo, que nos reconduz ao dilema genérico da legitimidade da atividade da jurisdição constitucional, não mais convence na atualidade.

Cappelletti,(38) com base em cinco sólidas razões, demonstra a necessária legitimidade que usufrui, atualmente, a jurisdição constitucional, acompanhada da capacidade criadora dos seus integrantes. Isto porque: a) acha-se dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não se pode negar

o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiossincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) seja pela possibilidade de seleção dos juizes dentre as diversas camadas da população, seja pelas facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, a jurisdição constitui, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e máquina burocrática distantes; e) em se considerando que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura na qual os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial daquela o controle judicial dos ramos políticos,⁽³⁹⁾ porquanto a idéia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.

Esses argumentos, só por só, espancam qualquer dúvida quanto a ser legítimo ao juiz constitucional, tanto no sistema difuso quanto no concentrado, assumir, conforme as possibilidades que possam ser exploradas a partir do conteúdo da norma constitucional em discussão, o controle da atuação do Estado na atividade de implementar os novos direitos fundamentais.

Essa atuação jurisdicional, contudo, alberga limites.

O primeiro deles – e quiçá o mais inquietante – é o da reserva do possível. De fato, a concretização dos novos direitos fundamentais não pode olvidar a capacidade dos recursos financeiros do Estado.

O relevo financeiro imposto para a concretização implica a tomada de decisão dos órgãos insertos na arena política, com vistas à destinação correta dos recursos públicos, de modo que a execução das prestações estatais haverá de ser reivindicada conforme a disponibilidade do erário.

A pretensão à indiscriminada satisfação dos direitos sociais poderá fazer desaguar desequilíbrio financeiro, com forte impacto nas finanças públicas, principalmente em países que, a exemplo do nosso, estão submetidos a fortes encargos no que concernem a credores internacionais.

Daí a reserva do possível forjar a abstenção de despesas desproporcionais, como é o caso de dispêndio de elevadíssima quantia em prol de um único beneficiário.⁽⁴⁰⁾

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, através de despacho do Min. Celso de Mello na ADPF 45, enfatizou que a cláusula da reserva do possível empreende que, na concretização, sempre onerosa, dos direitos a prestações, observe-se a razoabilidade individual/social da pretensão versus a disponibilidade financeira do Estado.

Uma outra observação, ainda ligada aos custos das prestações estatais, foi esgrimida por Jorge de Miranda⁽⁴¹⁾ e é plenamente aplicável à realidade nacional. Este, partindo da asserção de que a Constituição lusitana de 1976 rejeita tanto o Estado mínimo, que tende transferir todos ou quase todos os encargos sociais aos indivíduos ou grupos privados, bem assim o Estado assistencial que, contrariamente, tende a confiá-los aos órgãos públicos, perfilhou o modelo intermediário do Estado social.

O Estado social impõe ao aparato estatal custear, por impostos, as necessidades mínimas e básicas dos cidadãos, tais como a assistência materno-infantil, os cuidados primários da saúde, o ensino básico e secundário obrigatórios, o apoio no desemprego, a integração dos portadores de deficiência, entre outras, devendo às restantes necessidades, seja porque não afetam de modo idêntico todos cidadãos, seja porque não se revestem do mesmo significado para todos, corresponder a uma partilha dos custos de sua satisfação entre o Estado e aqueles que possam pagar.

Há, assim, um afastamento do dever do Estado quanto àqueles que dispõem de condições financeiras para pagar tais serviços, ainda que o devam fazer numa porção correspondente até o limite do custo real do mesmo.

A lição tem pertinência com relação ao custeio do ensino universitário no Brasil. Isso porque, embora o art. 206, IV, da Lei Maior, mencione a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, o art. 208, I e II, limita tal obrigação de gratuidade ao ensino fundamental, com progressiva extensão ao ensino médio.

De justificar-se, ante as agruras financeiras pelas quais vêm passando as universidades públicas, as quais somente tendem ao agravamento, tendo em vista a cada vez menor capacidade de investimento do Estado brasileiro nesse setor, em face dos compromissos com o pagamento da nossa dívida e o custeio de outros serviços, que os alunos que sejam filhos de pessoas com certa posse efetuem o custeio do ensino recebido, pelo preço de custo, inferior ao praticado na rede particular de ensino, posto que não se cuida de atividade lucrativa.

A admissão do ensino gratuito para o rebento da lavadeira é algo justo e inegável. Não vejo, porém, injustiça a que o filho do industrial, o qual quase sempre dispõe de veículo automotor próprio para deslocar-se até as dependências acadêmicas, satisfaça pagamento do ensino superior.

Talvez a imposição generalizada de ensino superior público gratuito – quando se sabe que este assim não é prestado noutros países – poderá, sem sombra de dúvida, provocar o desaparecimento, por inanição, das já combalidas universidades públicas. Nesse caso, o maior prejudicado será o filho da lavadeira ou do pequeno agricultor. O filho de pessoas abastadas, com certeza, não sofrerá prejuízos com o ocaso do ensino universitário público.

Indevido, porém, que se considere a reserva do possível como fator imunizador a que se possa exigir, através da jurisdição, o cumprimento de políticas públicas pelo Estado.

Há hipóteses em que tal argumento não pode ser considerado, com o intento de exonerar o Estado do cumprimento dos direitos fundamentais a seu cargo.

Logo, não se poderá invocar a reserva do possível diante das situações em que necessária a garantia do mínimo assistencial. Recordando-se a lição de Alexy, atrás referenciada, o mínimo vital, por emanar diretamente da dignidade humana, impõe-se à liberdade de conformação do legislador.

A hipótese acima é contraditória em normas constitucionais que portam uma densidade precisa quando da definição de direitos, como é o caso da educação fundamental (art. 208, I, CF)(42) e ao benefício assistencial aos necessitados (art. 203, V).

Atentar também que a reserva do possível não pode ser concebida de forma genérica e irresponsável. Faz-se, ao contrário, indispensável que o Poder Público demonstre, como recomenda Fernando Facury Scaff,(43) que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados proporcionalmente aos problemas encontrados. Idem quando demonstrada – e não simplesmente alegada – a total insuficiência de recurso.

Imperioso assinalar que há situações em que o custo da atividade principal não é o fator essencial na consecução de política pública.

Exemplifica, com muita propriedade, Daniela Milanez,(44) com foco na atividade do Judiciário hindu frente à implementação do direito à saúde, que há hipóteses, nas quais a ação governamental dispensa vultosos recursos. Tratou-se do caso Vincent Panikuriangara v. Índia,

tendo o pedido formulado consistido em que se determinasse ao Estado a melhoria da política de regulação de importação, manufatura e venda de medicamentos, com a finalidade de assegurar fosse alijada do mercado a presença de itens prejudiciais à saúde. Isso porque mesmo se considerando que remédios tidos como nocivos à saúde humana nos países desenvolvidos também seriam nocivos na Índia, nesta muitos deles eram vendidos livremente pela atividade empresarial orientada unicamente pela busca de resultados lucrativos.

Nesses casos, o disponibilizar-se recursos financeiros não é o ponto determinante da ação estatal.

Outro limite à atuação judicial recai no que concerne ao exame das opções discricionárias assumidas pelos órgãos públicos.

Muito embora não se estacione no âmbito da figura no campo administrativo, a sua definição pode ser bem extraída de observação de Hauriou acerca do arrêt Grazzietti, de 31 de janeiro de 1902, ao apontar que "não há atos discricionários, mas um poder discricionário da administração que se acha, mais ou menos, em todos os atos e que é essencialmente o poder de apreciar a oportunidade das medidas administrativas".(45)

A discricionariedade consistirá, então, nas situações em que os formuladores ou executores de políticas públicas, mais precisamente o Legislativo e o Executivo, possuem liberdade de opção perante o sistema jurídico.

Nelas não haverá possibilidade de intervenção judiciária, porque se está diante do livre espaço de movimentação da escolha política.(46) O controle judicial estaria confinado às hipóteses de desvio de finalidade, violação dos princípios gerais do direito, mais precisamente da razoabilidade ou proporcionalidade, e da inexistência dos motivos que ensejaram a escolha do agente público.

De esclarecer que discricionariedade não existirá quando a decisão estiver sob a disciplina de norma constitucional de densidade suficiente ou que resguarde o mínimo essencial. Da mesma forma, quando postura normativa ou administrativa colida com valor consagrado pela Constituição, mesmo em norma não imediatamente aplicável. A eficácia derogatória daquele, aliada à sua força hermenêutica, impediria que assim fosse.

Suponha-se que diploma legal venha disciplinar a escolha dos dirigentes das universidades federais e, em assim fazendo, elimine por completo a participação da comunidade universitária. Ter-se-á, inevitavelmente, sua invalidade, porquanto, no particular, o art. 206,

VI, da CF, restringe a liberdade de conformação do legislador, ao estatuir competir a este a disciplina da gestão democrática do ensino público.

Outro ponto a ser destacado é se o Poder Executivo poderá, no curso da execução orçamentária, suspender a liberação de recursos inerentes aos direitos fundamentais sociais, seja pelo propósito de custear despesas outras, seja por alegar que os limites da Lei Complementar 101/2000 seriam ultrapassados.

Penso que, nessa área, não incide manifestação discricionária nenhuma. Isso porque haverá de reconhecer-se uma priorização, no manuseio dos recursos disponíveis, aos dispêndios com direitos fundamentais sociais, tendo em vista o expreso desejo do Constituinte de 1988 em erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), bem como serem objetivos fundamentais desta a construção duma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). Dessas normas, insertas no Título I (Dos Princípios Fundamentais), decorre a primazia dos direitos sociais.

Quanto aos louváveis intentos de controle da despesa pública, advindos com a Lei Complementar 101/2000, está consignado no seu art. 9º, §2º, o seguinte: “Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias”.

A concretização dos novos direitos fundamentais é de ser reputada, sem sombra de dúvida, obrigação constitucional dos entes políticos.(47)

No particular, merece realce, pelo seu elevado caráter meritório e de vanguarda, decisão, lavrada pelo Des. Federal Francisco Wildo Lacerda Dantas, do E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento 67.336 – PB, manejado pelo Ministério Público Federal contra o Estado da Paraíba.

S. Exa., na oportunidade, determinara, pena de multa pecuniária, que referido ente político remanejasse 17,60% da verba destinada à publicidade institucional, com vistas a normalizar o fornecimento de remédios destinados ao tratamento de pacientes portadores de mal de Parkinson.

Restou ponderado que o deferimento da medida far-se-ia pelo fato do Estado haver-se mantido recalcitrante em cumprir anterior decisão judicial, a qual determinava que regularizasse a distribuição dos

medicamentos necessários ao atendimento de mencionada enfermidade, bem como porque se destinava atender bem jurídico mais importante, qual seja a vida dos cidadãos paraibanos, devendo, assim, preponderar sobre outra atividade pública, reputada de menor relevância, como é o caso da publicidade governamental.(48)

Antes de ultimar este tópico, interessante a afirmação, extraída da pena de Valentin Thury Cornejo,(49) da amplitude que, na atualidade, vem usufruindo o monitoramento jurisdicional no campo das políticas públicas. Para o autor, o juiz, cuja atuação estava confinada à etapa de avaliação da política, passa ao exame de todas as etapas do processo, fomentando uma participação no processo de decisão, projetando-se, assim, diretamente na formulação mesma da policy.

5 Novamente a intervenção do Judiciário: instrumentos disponíveis, alguns precedentes e o papel da ADPF

Elucidada a possibilidade de intervenção da jurisdição no que concerne ao controle de políticas públicas, necessário breve comentário acerca dos instrumentos disponíveis para tanto.

Fábio Konder Comparato,(50) num dos primeiros escritos doutrinários sobre o tema, chegou a alvitrar a necessidade de criação de remédio processual específico, através de reforma constitucional. Trata-se, por isso, de ação exclusivamente direta, de competência do Supremo Tribunal Federal, caso a discussão envolva a atuação federal ou estadual, e do Tribunal de Justiça, quando relativa a interesse municipal. A sua legitimidade tocaria não apenas aos órgãos públicos, mas igualmente ao Ministério Público, às mesas diretoras das casas parlamentares, aos partidos políticos, mesmo sem representação eleita, aos sindicatos, entidades de classe, à Ordem dos Advogados do Brasil e quaisquer outras organizações não-governamentais, constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. A legitimação passiva, por sua vez, recairia no Chefe do Poder Executivo.

Independente da razoabilidade dessa opinião, o controle em tela já é possível – e vem sendo paulatinamente exercitado – pelas vias processuais já existentes, como posteriormente parece admitir o próprio Fábio Konder Comparato.(51)

Considerando-se que o assunto em tela condiz com a busca da efetividade de direitos fundamentais, considerados no âmbito de Lei Máxima hiperanalítica como a nossa, segue-se que aos legitimados estão disponíveis os mecanismos inerentes à jurisdição constitucional difusa e concentrada.

Principiemos com a competência jurisdicional difusa, repartida entre os diversos integrantes do Judiciário, conforme o correspondente segmento de atribuições.

Num primeiro momento, há as ações individuais. Daí que o Judiciário,(52) em várias lides, atendeu ao reclamo de cidadãos, suplicando do aparato estatal, em face da gravidade da doença de que eram portadores e de sua carência de recursos, o fornecimento gratuito de medicamentos. Para tanto, invocou-se, com vistas a respaldar a motivação dos julgados, o direito à saúde, consagrado pelo art. 196, caput, da Constituição.(53)

Ainda em sede de controle difuso, merece destaque a ação civil pública,(54) por tais direitos poderem, grosso modo, ser tuteláveis coletivamente. A grande utilidade é que a decisão, se favorável, possuirá eficácia erga omnes em prol dos seus beneficiários, nos limites da competência territorial do órgão prolator, assim obrigando a entidade estatal.

Alguns exemplos podem ser destacados. Principie-se pelo REsp 575.998 – MG,(55) versando ação civil pública promovida pelo Ministério Público contra o Município de Cambuquira, compelindo este a efetuar, diariamente, a coleta de lixo residencial, comercial e hospitalar.

Reformando sentença de primeiro grau, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu não poder a comuna ser obrigada a tanto, através de ação civil pública, com fundamento em normas constitucional e legislativa de natureza programática.

Acompanhando posicionamento do relator, Min. Luiz Fux, o Superior Tribunal de Justiça assentou, pela sua 1ª Turma, as seguintes premissas: a) não haver ingerência indevida do Judiciário na esfera administrativa, porquanto não havia discricionariedade, mas sim o exercício de competência vinculada; b) não se fundava o pedido em norma constitucional programática, havendo, ao contrário, disciplina infraconstitucional explicitando e impondo direito subjetivo; c) embora se deva reconhecer que as políticas públicas ainda não configuram direitos, mas promessas de lege ferenda, não cabendo intervenção judicial acerca da oportunidade de sua implementação, a hipótese dos autos seria diversa, por haver o Judiciário se limitado a determinar o cumprimento de lei que impunha a realização de objetivo sobranceiro; d) a tutela da saúde pública e do meio ambiente, a exigir a prestação determinada, encontrava-se amparada nos arts. 10 e 11 da Lei 7.783/89 (Lei de Greve), reforçados pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, que reputam essenciais os serviços de coleta de lixo e de limpeza dos logradouros públicos, não podendo estes sofrerem solução de continuidade; e) tal conclusão,

resultante do ordenamento criado pelo Estado, justifica-se ainda que, para esse fim, resulte obrigação de fazer, com repercussão na despesa pública.

Em suma, o direito à saúde e à proteção ambiental, que recolhem seu suporte na proteção da dignidade da pessoa humana, deveria ser reputado como apoiados em normas constitucionais exeqüíveis, ao fundamento de que o esforço interpretativo, com pendor à sua integração, não poderia desconsiderar o disposto nos dispositivos legais citados.

O paradigma se repetiu no REsp 577.836 – SC,(56) resultante de ação civil pública, também de iniciativa ministerial, no sentido de impor ao Estado de Santa Catarina fosse assegurado direito à saúde em prol de crianças e adolescentes, haja vista o atendimento médico cirúrgico, prestado de forma irregular e deficiente, pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão, haver conduzido aproximadamente 6.600 pacientes infantis a ficar sem a devida assistência, fato que, quanto a muitos destes, perdurava há quase um ano e meio.

Diante do Tribunal de Justiça catarinense, em sede de agravo de instrumento, haver vislumbrado, na pretensão ministerial, ofensa à tripartição dos poderes, uma vez ser defeso ao Judiciário avocar atividades administrativas, as quais envolviam a gestão de receitas públicas nos termos de lei orçamentária, reafirmou-se entendimento contrário.

À maneira de motivação, refutou-se o argumento de ingerência indevida do Judiciário na dinâmica administrativa pelo fato de o direito à saúde dos beneficiados estar aparelhado por disciplina infraconstitucional suficiente, explicitada pelos arts. 7º e 11 da Lei 8.069/90, não mais se cogitando de mera norma magna programática.

Contribuição atual e de relevo, em prol da utilização da ação civil pública em casos como os comentados, consta do deliberado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 190.938 – MG.(57)

Tornando-se ao solo das Gerais, estava-se ante o exame de deliberação que extinguiu, sem julgamento de mérito, ação civil pública que o Ministério Público promovera, com o objetivo de condenar-se município para incluir, em sua lei orçamentária, montante correspondente à diferença entre o percentual constante do art. 212 da Constituição, de compulsória aplicação à educação, e os valores efetivamente aplicados nos exercícios financeiros pretéritos.

Rechaçou-se ponto de vista do Tribunal de Justiça mineiro, consoante o qual o remédio judicial proposto seria inadequado para os fins

pretendidos, ou até mesmo juridicamente impossível. Entendeu o Pretório Excelso que, estando em jogo objeto de interesse social indisponível, como é a educação, cuja defesa compete ao Ministério Público, não poder ser recusada sua legitimidade ativa.

Além disso, o descumprimento do imperativo constitucional poderia, em tese, implicar intervenção estadual no município (art. 35, III, CF), providência política extrema que poderia ser evitada com o ajuizamento da medida em causa.

Ainda no que concerne à iniciativa ministerial, é de referenciar-se o Agravo Regimental no RE 436.996 – SP,(58) no qual a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal manteve despacho do Min. Celso de Mello, ao prover recurso extraordinário interposto em detrimento do Município de Santo André.

Discutia-se sobre a obrigação de referida comuna em cumprir o art. 208, IV, da CF. Algumas lições podem ser extraídas do julgado. A primeira delas é a de que a educação infantil, pela sua alta significação social, impõe o encargo estatal para criar condições concretas que possibilitem, em favor das crianças de até seis anos de idade, o atendimento em creche e pré-escola, não estando submetido à opção discricionária da Administração nem, igualmente, a motivos de puro pragmatismo governamental.

A norma constitucional, acima invocada, pelo seu caráter juridicamente vinculante, decorrente de sua ponderável densidade normativa, representa fator de contenção da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, não constituindo matéria sujeita a juízo de simples conveniência ou oportunidade.

Outro remate de elevada importância consistiu na admissibilidade do controle, em caráter excepcional, pelo Judiciário, para determinar a concretização das políticas públicas definidas em nível constitucional.(59)(60)

A fiscalização em torno das políticas públicas não exclui a influência dos instrumentos inerentes à jurisdição constitucional concentrada.

Destaque não pode ser recusado à ação direta de inconstitucionalidade. As manifestações do poder estatal normativo que desbordem dos condicionantes constantes nas normas definidoras dos novos direitos fundamentais serão, irremediavelmente, suscetíveis de serem invalidadas.

Constitui peculiaridade das normas constitucionais da espécie, principalmente quando de porte programático, a menção a diretrizes

a serem observadas pelo legislador, tornando mais estreita ou reduzida a liberdade de conformação deste.

Atente-se para o art. 194, parágrafo único, II, da Lei Básica, ao dizer que, na forma da lei, será assegurada uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Não poderia, portanto, o legislador estatuir, no que concerne à fixação da renda mensal de pensões acidentárias, diferentes percentuais, a incidirem sobre o salário-de-benefício, conforme se tratasse de dependente de trabalhador urbano ou rurícola.

De perceber a ADIn 1.946 – DF,(61) ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro, com vistas a impugnar, no que tange ao salário-maternidade, o disposto no art. 14 da Emenda Constitucional 20/98, responsável por fixar teto de R\$ 1.200,00 para os benefícios previdenciários pagos pelo regime geral.

Sem embargo de cuidar-se de norma oriunda do poder constituinte derivado, o Pretório Excelso, atento ao fato do art. 7º, XVIII, da Constituição originária, assegurar o direito à licença gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, entendeu que tal benefício não se encontrava submetido a tal limite.

É que, se assim fosse, a parte restante do salário da empregada, porventura superior a referida limitação, seria encargo do empregador, provocando, no futuro, o desestímulo pela contratação de mão-de-obra feminina, com fortes consequências em detrimento do evoluir dos direitos sociais.

Outro exemplo, mais recente, está no julgamento de mérito da ADIN 2.925 – DF.(62) Discutia-se a legitimidade de previsão constante da lei orçamentária de 2003 (Lei 10.640), autorizando a abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação constitucional da CIDE.

A deliberação, perfilhando a técnica da interpretação conforme, sustentou a impossibilidade da arrecadação de aludida contribuição ser utilizada em despesa estranha à fixada no art. 177, § 4º, II, alíneas a a c, da Constituição, estando duas destas vinculadas à execução de políticas, quais sejam o financiamento de projetos ambientais na área de petróleo e gás e de programas de infraestrutura de transportes.

Não olvidar igualmente que, dada a freqüente necessidade de complementação requerida pelas normas ditas programáticas, emerge a obrigação de atuar do legislador que, não exercida sem justificativa, enseja a possibilidade de ativação dos mecanismos predispostos ao saneamento da inconstitucionalidade por omissão.

São eles: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

De advertir que, em nossa experiência jurídica, tanto numa hipótese como noutra, não vem sendo legada uma eficácia capaz de, a contento, concretizar-se os direitos constitucionais que demandam indispensável legislação integrativa.

Quanto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tal emana do próprio teor do art. 103, § 2º, da Lei Máxima, ao deficientemente fixar os efeitos da deliberação da Suprema Corte, limitada, no que concerne a ato legislativo, seara inicial no tornar concreto os direitos fundamentais, à mera notificação do órgão competente para a adoção das providências necessárias.

Já no particular do mandado de injunção, esse pensar resulta do posicionamento do Pretório Excelso em equiparar, na maioria das vezes, tal remédio jurídico, quanto à sua eficácia, à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ao invés de propiciar a realização do direito no caso concreto, como aparenta a respeitáveis vozes doutrinárias.(63)

Não obstante esse quadro adverso, decisão singular, proferida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, propendeu, em exercício hermenêutico criativo, à tentativa de colmatar omissões constitucionais dos poderes públicos através da utilização da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Trata-se da ADPF 45,(64) instaurada pelo Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, com o fito de combater veto, emanado do titular da Presidência da República, à parcela da proposição convertida na Lei 10.707/2003, que, estatuinto diretrizes à lei orçamentária de 2004, assegurava, em compasso com preceito constitucional, a aplicação mínima de recursos em prol da saúde.

Mesmo tendo deliberado por julgar prejudicado o pedido, em virtude da remessa superveniente de projeto que, convertido em lei, restaurou o texto vetado, o em. relator, Min. Celso de Mello, assentou importantes premissas sobre a intervenção do Judiciário no controle ora examinado.

Demais de frisar a dimensão política imanente à jurisdição constitucional, assinalou, em tom elogiável, relevante objetivo a ser perseguido com o manejo da ação de descumprimento de preceito fundamental, a qual “qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias

governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”.

Pela senda acima trilhada, agrega-se à ação do art. 102, §1º, da CF, componente de maior relevo àquilo que parcela da doutrina chegara a denominar de mero alargamento da ação direta de inconstitucionalidade.(65)

Caso tal orientação venha, no porvir, a granjear o beneplácito da maioria do Supremo Tribunal Federal, para o que muito se torce, consolidar-se-á mecanismo apropriado para demandar contra a omissão legislativa em tema de direitos fundamentais, suprindo-se injustificável lacuna no controle da inconstitucionalidade por omissão.

Esse alvitre, que pende à solidificação da natureza objetiva da ADPF, também não impedirá a concomitante propositura de ação civil pública. Basta, para esse fim, que venha a prevalecer inteligência de decisão singular do Min. Gilmar Mendes, exarada nos autos da ADPF 76-TO,(66) no sentido de que a subsidiariedade, a que se refere o art. 4º, §1º, da Lei 9.882/99, tem a ver com a inexistência, à disposição do legitimado para a arguição, de instrumento jurídico de colorido objetivo, capaz de sanar a lesividade do ato do Poder Público, o que não sucede com a ação civil pública, dado ao seu laivo subjetivo.

Síntese conclusiva

Atento ao que, nestas linhas, restou exposto, formula-se os remates seguintes:

- a) a norma constitucional é de ser observada como fenômeno jurídico, dada a sua inegável capacidade de ordenar e conformar a realidade social, não se podendo, contudo, desconhecer o seu laivo político, resultante do influxo das forças políticas e sociais predominantes em determinado Estado;
- b) na quadra evolutiva dos direitos fundamentais se observa, a partir do primeiro quartel do século passado, o surgimento, nos textos constitucionais, dos direitos sociais e coletivos, notabilizados, em contraposição com os tradicionais direitos de defesa, por duas características: I) fundam-se num direito geral à igualdade; II) são formulados de modo conciso nos textos constitucionais, tornando necessário, para sua pronta realização, a intervenção dos poderes públicos, principalmente do legislador, peculiaridade que se estende aos denominados direitos coletivos e difusos;
- c) tidas como indispensáveis à consecução dos novos direitos fundamentais, as políticas públicas – noção para cuja elaboração

contribuiu a iniciativa de Dworkin – não de ser compreendidas como conjunto de ações do Poder Público (programa governamental), ordenado à realização dos valores consagrados pela Constituição, consistentes em melhorias econômicas ou sociais em prol da comunidade;

d) a primeira pressuposição para a intervenção judicial na província das políticas públicas está a depender do grau de vinculação do Estado às normas definidoras dos novos direitos fundamentais, devendo observar que a cláusula do art. 5º, §1º, da Lei Maior, a exemplo das suas fontes inspiradoras (Constituição alemã, art. 1.3; Constituição da República Portuguesa, art. 18º/1º), não desconsidera a existência de dificuldades na aplicação de estruturas normativas assinaladas pelo fato da Constituição apontar a imprescindibilidade de legislação integrativa;

e) em vista da diferença estrutural das normas que consagram direitos fundamentais, é de notar que onde se tem densidade normativa suficiente, ou se vise à salvaguarda do mínimo essencial, é inquestionável o reconhecimento do direito pelo Judiciário, competindo, em caso contrário, a formulação inicial da política pública à atuação do legislador; é ainda de destacar-se que, mesmo quanto às normas não completas, persiste o encargo do legislador de atuar, configurando sua inação inconstitucionalidade, sem contar ainda que tais preceitos sobranceiros têm o condão de estatuir diretrizes à formulação dos atos administrativos e judiciais (eficácia derogatória e interpretativa);

f) o controle em causa se legitima por, na atualidade, a atividade da jurisdição constitucional, demais de preencher as notórias deficiências do Executivo e Legislativo em dar consistência ao consentimento popular, vir permeada pela busca dos ideais de justiça e equidade, pela defesa dos interesses dos grupos minoritários na coletividade, pelo seu caráter participativo, e pela inerência da fiscalização judicial dos segmentos políticos ao Estado Democrático, acrescentando-se que esse exame, em virtude de seu caráter excepcional, encontra contornos através da reserva do possível e da discricionariedade do agir estatal;

g) a intervenção judicial operar-se-á tanto mediante os instrumentos jurídicos inerentes à competência jurisdicional difusa quanto à concentrada, merecendo destaque à ação civil pública e ao manuseio da ação de descumprimento de preceito fundamental, de cuja funcionalidade o labor exegético vem procurando retirar componente apto para suprir a fraqueza dos mecanismos típicos para sanar omissões constitucionais.

Notas:

1. O presente escrito, com alguns aditamentos, tem a pretensão de condensar exposição realizada no Evento Quinta Jurídica, relativo ao mês de abril de 2006, ocorrido no dia 06, em Natal/RN, promovido através de parceria entre a ESMAFE – Escola da Magistratura Federal da 5ª Região – Núcleo do Rio Grande do Norte e o IPDP – Instituto Potiguar de Direito Público, abordando a temática “Controle jurisdicional de políticas públicas”.

2. O que é uma Constituição?. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 56 e 71. Tradução: Hiltomar Martins Oliveira.

3. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 11-12, 24 e 27. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porém, não se pode deixar de frisar que a tensão entre constituição e realidade, com leve desfavor à primeira, ainda goza, mesmo nos tempos atuais, de elevado prestígio. Dieter Grimm, por exemplo, torna saliente que “a força normativa da constituição se ressentem quando à realidade constitucional que a contradiz é atribuída igual qualidade, sob o manto da ‘práxis estatal’” (“la fuerza normativa de la constitución se resiente cuando a la realidad constitucional que la contradice se le atribuye igual rango que a ella misma, bajo el manto de la ‘práxis estatal’”). Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 34. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simon). Adianta, em parágrafo posterior à mesma página, que a redução do conceito de Constituição ao de Lei constitucional não é capaz de eliminar a constituição material, a qual subsiste nas realidades sociais que dão configuração ao poder político, como é o caso, *verbi gratia*, das posições de veto da base econômica, do potencial de pressão das organizações de massas, do monopólio de definição da opinião pública, dentre outros fatores.

4. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional. Revista de Administración Pública, n. 100-102, p. 374-375, jan./dez. 1983.

5. Com propriedade, José M. Lafuente Balle (La judicialización de la interpretación constitucional. Madri: COLEX, 2000, p. 57) atenta para o fato do caráter político da norma constitucional resultar não só de sua falta de concreção e de sua ambigüidade semântica, resultando também de sua habitual falta de completitude, haja vista que muitas delas, sem dúvida as mais importantes, apresentam remissões à lei para a disciplina de suas conseqüências jurídicas. Essa singularidade da norma constitucional é aprofundada por Alejandro Nieto (Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional. Revista de Administración Pública, n. 100-102, p. 371-415, jan./dez. 1983).

6. Após ressaltar que uma Constituição não contém nenhuma regulação detalhada e individualizada, Backof acentua, com arrimo em

sua própria experiência de juiz constitucional da Corte de Baden – Württemberg, que “as regras constitucionais não podem ser interpretadas, em muitos casos, sem recorrer-se a valorações políticas; semelhantes valorações políticas são, porém, sempre subjetivas até certo grau. Por isso, subsiste sempre e inevitavelmente uma relação de certa tensão entre direito e política. O juiz constitucional aplica certamente direito. Mas a aplicação deste direito implica necessariamente valorações políticas a cargo do juiz que aplica a lei” (“las reglas constitucionales no pueden ser interpretadas en muchos casos sin recurrir a valoraciones políticas; semejantes valoraciones políticas son empero siempre subjetivas hasta cierto grado. Por ello subsiste siempre e inevitavelmente una relación de cierta tensión entre derecho y política. El juez constitucional aplica ciertamente derecho. Pero la aplicación de este derecho implica necesariamente valoraciones políticas a cargo del juez que aplica la ley”. Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, ano XIX, n. 57, p. 843, set./dez. de 1986). Helmut Simon (La jurisdicción constitucional. In: Benda, Ernesto et alli. Manual de Derecho Constitucional. Madri: 1996, p. 849. Tradução: Antonio López Pina) afirma, com precisão, que as decisões do Tribunal Constitucional, à medida que interpretam e aplicam o direito político da Lei Fundamental, são por natureza necessariamente políticas, descortinando-se aludido órgão como eminente instituição política no seio de um regime de divisão de poderes. Suas deliberações teriam, assim, uma função pacificadora. Por sua vez, Rodolfo L. Vigo (Los principios jurídicos – perspectiva jurisprudencial. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 199) afirma, com base na lição de Holmes, bem como em julgado da Corte de Minesota (Naftalin v. King), que, ao procurar a solução justa para o caso concreto, o juiz constitucional não poderá desprezar as consequências econômicas e sociais que normalmente derivam de seus julgamentos. Comentando o laivo político de que se reveste a jurisdição constitucional, conferir a lição de Inocêncio Mártires Coelho: “A toda evidência, essa arbitragem consubstancia prerrogativa essencialmente política e de nítido teor constituinte, porque, muito embora disfarçadas em trajes hermenêuticos, essas interpretações implicam sempre novas tomadas de decisão sobre espaços que as cortes – e não o constituinte – venham a considerar adequados aos demais poderes, uma prerrogativa extraordinária, que se tornou juridicamente possível, como registra HELMUT SIMON, porque, de um lado, o exercício de todos os poderes públicos está vinculado à constituição, e, de outro, aos tribunais constitucionais está afeta a concretização última da lei fundamental, nisto compreendida, como acentuamos, a definição da sua própria autoridade” (Interpretação constitucional e política. Direito Público, ano III, nº 10, p. 7, out.-nov.-dez. de 2005). Também abordando o assunto, conferir do autor

Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 04 abr. 2002.

7. Na linha evolutiva dos direitos fundamentais, costuma-se aludir a gerações de direito. Faz-se preciso, de logo, advertir que essa sequência de direitos não traduz compreensão revogadora. Assim, a superveniência dos direitos sociais não faz derruir toda a criação dos direitos de liberdade, nem a dos direitos coletivos resulta na supressão das duas primeiras categorias. Antes há um sentido de complemento, de necessária e indispensável integração.

8. Seguiram-se a tal documento a *Petition of Right*, de 07 de junho de 1628, a *Lei de Habeas Corpus* de 1679, o *Bill of Rights*, de 13 de fevereiro de 1689, e o *Act of Settlement*, de 12 de junho de 1701.

9. Relato candente das condições de vida dos trabalhadores na Inglaterra de meados do século XIX é o de Aloísio Teixeira: “O despovoamento dos campos e a reestruturação das classes sociais acarretaram condições verdadeiramente desumanas de vida, em termos de habitação, vestuário e condições de trabalho, nas quais jornadas de 16 a 18 horas diárias, em locais infectos e mal iluminados, contra salários baixíssimos, era a norma. E, junto com isso, a precarização das situações familiares, com o ingresso de mulheres e crianças no mercado de trabalho que, em algumas fábricas, chegavam a 2/3 do total de empregados” (Aloísio Teixeira (Org.). Introdução ao livro *Utópicos, heréticos e malditos: os precursores do pensamento social da nossa época*. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 20).

10. Não olvidar a Constituição espanhola de 09 de dezembro de 1931 que, demais de afirmar que a Espanha constitui uma república democrática de trabalhadores, organizada em regime de liberdade e de justiça, tratou, no seu Título III (Direitos e deveres dos espanhóis), de normas sobre a família, economia e cultura (Capítulo II, arts. 43 a 50).

11. Manual de direito constitucional: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Título IV, p.101-113. Exposição semelhante está em *Os direitos fundamentais – sua dimensão individual e social* (Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, p. 198-208, out./dez. 1992).

12. A preocupação com a igualdade material para a definição dos direitos sociais, consta da lição de José Afonso da Silva: “Mas o que são os direitos sociais? Como dimensão dos direitos fundamentais do homem, já os entendemos como prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores

condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade” (Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. Disponível em: <>. Acesso em: 02 abr. 2006). De referência também feliz síntese de Andreas J. Krell: “Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais” (Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (descaminhos) de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 19).

13. Não muito diverso se apresenta José Carlos Vieira de Andrade (Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 182-185), acentuando que a Constituição de 1976 trouxe à baila dois regimes de direitos fundamentais. Há, assim, aqueles cujo conteúdo principal é essencialmente determinado ou determinável ao nível das opções constitucionais e outros, onde aquele está, em maior ou menor medida, delimitado por opções do legislador ordinário, ao qual o constituinte conferiu poderes de determinação ou concretização. Afirma o autor que a generalidade dos direitos a prestações se insere neste último.

14. Exemplo disso as atuais Constituições da Itália (Título II e III), de Costa Rica (Título V), da República de Cabo Verde (arts. 35o a 42o), da Grécia (arts. 17, 21 a 24), de Portugal (Parte I, Título III e Parte II), da Espanha (Título I, Capítulo Terceiro), da Bulgária (arts. 46 a 55), da Romênia (arts. 32,33, 37 a 40, 44 e 45), da Rússia (arts. 37 a 43), do Japão (arts. 25 a 28), do Uruguay (Seção II, Capítulo III, arts. 40 a 71), do Chile (arts. 9º a 11º, 16º, e 18º e 19º) e da Nicarágua (Título IV, Capítulo III).

15. Somente para fins informativos, há, por último, quem cogite de uma quarta geração de direitos, relacionados com os efeitos da evolução da pesquisa científica e biológica (clonagem, alimentos transgênicos etc.), visando gizar parâmetros de controle que amenizem o instinto de ganho e proveito por parte de indivíduos e grupos desprovidos de escrúpulos.

16. Proteção jurídica do meio ambiente. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003. p. 38-39.

17. “Llamo ‘directriz’ o ‘directriz política’ al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (...). Llamo ‘principio’ a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca ou asegure una situación económica, política o

social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1997, p. 72. Tradução: Marta Gustavino). Em boa hora, adverte a tradutora, em nota de rodapé, haver utilizado o termo *directrices políticas*, ou simplesmente *directrices*, para traduzir o inglês *policies*, plural de *policy* (plano ou curso de ação dirigido para o alcance de um objetivo social, econômico, cultural, posto em prática por governo ou instituição), uma vez a opção pelo plural *políticas* se afigurar incorreto perante o idioma espanhol. Na acepção aqui enfocada, o emprego do inglês *policies* também se faz presente em Valentin Thury Cornejo (*Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 264).

18. Noção similar, mas posteriormente apresentada sob diferente escolha terminológica, é a fornecida por Canotilho (Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 286), procedendo à distinção entre normas-fim e normas-tarefa do Estado. Confrontadas com os fins, as tarefas aparecem caracterizadas por elemento específico, qual seja o dever jurídico. Leciona o mestre lusitano que as tarefas consistem numa “idéia que carece de explicação suplementar e de articulação com posições anteriormente defendidas. Significa ela que a realização de tarefas se assume como tendo um carácter de ‘imposição instrumental’, ou melhor, como dever de actividade finalisticamente orientado” (loc. cit., p. 286).

19. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, n. 40, p. 72-73. A idéia foi exposta em trabalho anterior (Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, n. 134, p. 44-45, abr./jun. 1998).

20. As constituições hodiernas são marcantes em impor objetivos ao Estado e à sociedade. Confirma-se o art. 3º da Constituição italiana, ao apontar que a República removerá os obstáculos de ordem econômica e social que limitem a liberdade e a igualdade dos cidadãos, bem como impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação dos trabalhadores na organização política, econômica e social do país. De modo igual, interessante a leitura do art. 9º da Constituição da República Portuguesa e do art. 1º da Constituição Política da República do Chile.

21. Política pública e norma política. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, n. 41, p. 22, 2004.

22. Versando considerações sobre o tema em estudo, Valentin Thury Cornejo (Juez y división de poderes hoy. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 218) alude à formação da agenda política, a revestir-se de duas modalidades. A primeira seria a sistemática, formada pelo conjunto dos temas que a sociedade considera merecerem a atenção dos órgãos públicos e que pertencem à competência do governo. Possuiria, assim, caráter conjuntural. A outra é a institucional, composta pelos assuntos dos quais, regularmente, ocupa-se o governo, através do labor permanente das instituições políticas e administrativas. Prosseguindo, atenta que, a partir da introdução de uma proposição na agenda é desenvolvido um procedimento com o qual se elabora a política pública tendente à solução do problema. O procedimento é repartido em várias fases, a saber: a identificação do problema, formulação de alternativas, decisão, implementação e avaliação.

23. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 187.

24. "È dunque inevitabile che sia riservato al legislatore ordinario – come há notato più volte la Corte costituzionale – il compito di determinare l'ammontare delle prestazioni, non soltanto in vista delle 'esigenti di vita dei lavoratori', ma anche in considerazione delle 'effettive disponibilità finanziarie'" (Diritto costituzionale. 3. ed. Milão: CEDAM, 1998. p. 683).

25. "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen" (Disponível em: <www.constitucion.rediris.es/legis/1978/ce1978.html>. Acesso em: 31 out. 2002).

26. "El valor normativo inmediato de los arts. 39 a 52 de la C. E. ha de ser modulado em los términos del art. 53.3 de la Norma fundamental; mas no puede caber duda alguna acerca de la vinculatoriedad inmediata (esto es, sin necesidad de mediación del legislador ordinário) de los arts. 14 a 3, componentes del Capítulo Segundo del Título I, pues el párrafo primero del art. 53 declara que los derechos y libertades reconocidos en dicho capítulo 'vinculan a todos los poderes públicos'" (Sala Segunda, Ponente: Francisco Tomás y Valiente, recurso de amparo, BOE de 15-01-83. Disponível em: . Acesso em: 02 abr. 2006. Tradução livre). À análise do julgado não podem passar despercebidas duas nuances sobre o modelo espanhol. A primeira delas é a de que dois direitos sociais, quais sejam o direito à educação e o direito ao trabalho, estão inseridos dentro do Título I, Capítulo Segundo, da Constituição Espanhola, mais

especificadamente nos arts. 27 e 35, respectivamente, e, por força do art. 53.1, estariam, para fins de sua defesa jurisdicional, equiparados aos direitos tipicamente individuais. A outra está em que a doutrina, diante da frase “informarão a prática judicial”, consignada no art. 53.3, primeira parte, de mencionado diploma constitucional, vislumbra a possibilidade dos direitos sociais e econômicos legitimarem a expansão dos poderes do juiz até os limites máximos permitidos constitucionalmente. Dentre vozes doutrinárias abalizadas, conferir Garcia de Enterría (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madri: Civitas, 1994. p. 69), para quem há um reconhecimento preciso de que os princípios constitucionais que, na esteira dos constitucionalistas alemães, formulam as chamadas determinações dos fins do Estado (*Staatszielbestimmungen*), são algo mais que simples normas programáticas, vista esta expressão no seu sentido tradicional, conducente à negativa de qualquer aplicabilidade judicial. Expõe o resultado seguinte: “Os juízes e tribunais deverão, pois, tê-los em conta para essas funções de aplicação constitucional que temos visto que o sistema lhes reserva, e que temos concretizado no apartado anterior. Muito mais, como é óbvio, poderá o Tribunal Constitucional apoiar-se nesses princípios dos artigos 39 a 52, inclusive para declarar inconstitucional uma lei” (“Los jueces y Tribunales deberán, pues, tenerlos en cuenta para esas funciones de aplicación constitucional que hemos visto que el sistema les reserva y que hemos concretado en el apartado anterior. Mucho más, como es obvio, podrá el Tribunal Constitucional apoyarse en esos principios de los artículos 39 a 52 inclusive para declarar inconstitucional una ley”. Loc. cit., p. 69)

27. O texto foi obtido de tradução da Embaixada da Alemanha no Brasil, estando disponível em: www.brasilia.diplo.de/Vertretung/brasilia/pt/03/Constituicao/indice_2Ogeral.html. Acesso em 02 abr. 2006.

28. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 486- 494.

29. São, no particular, as palavras explicitadas pelo mestre germânico: “Por causa dos consideráveis custos financeiros vinculados com o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, a existência de direitos fundamentais sociais amplos, judicialmente oponíveis, conduziria a que a política orçamentária estaria determinada, em partes essenciais, pelo direito constitucional. Como o Tribunal Constitucional Federal teria que controlar a observância destas disposições, a política orçamentária ficaria, em grande medida, em mãos do Tribunal Constitucional, o que contradiria a Constituição” (“A causa de los considerables costes financieros vinculados con el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, la existencia de derechos fundamentales sociales amplios

judicialmente imponíveis conduziria a que a política presupuestaria estaria determinada, em partes essenciais, por el derecho constitucional. Como el Tribunal Constitucional Federal tendria que controlar la observancia de estas disposiciones, la política presupuestaria quedaria, en gran medida, en manos del Tribunal Constitucional, lo que contradiria la Constitución". Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 491).

30. Postura semelhante consta de Dieter Grimm: "A lei, ao positivar diretamente dito mínimo indispensável, atua de modo não constitutivo, mas declaratório. Daí se segue que, em caso de omissão do legislador, a Administração ou os tribunais de justiça têm de conceder diretamente o mínimo dos direitos fundamentais. Certamente estão, ademais, limitados de modo estrito a esse mínimo; a justificação de pretensões que o excedam corresponde somente ao legislador" ("La ley, al positivar directamente dito mínimo indispensable, áctua de modo no constitutivo, sino declaratorio. De lo que se sigue que, em caso de omisión del legislador, la Administración o los tribunales de justicia han de conceder directamente el mínimo de los derechos fundamentales. Ciertamente están, además, limitados de modo estricto a esse mínimo; la justificación de pretensiones que lo excedan corresponde sólo al legislador". Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madri: Trotta, 2006, p. 34. Tradução de Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simon). Legando mais intensidade a tais concepções, Luis Prieto Sanchís (Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madri: Trotta, 2003. p. 183) deixa claro que se deve renunciar a modelo de direitos sociais definitivos e indiscutíveis, porquanto estes sempre entram em conflito com outros princípios ou direitos, principalmente com as competências de disciplina que se reconhece ao legislador democrático e as exigências de outros direitos. Por isso, para se determinar, em cada circunstância, se está ou não justificada uma prestação há que se verificar se esta está justificada mediante um prévio juízo de ponderação entre razões contraditórias.

31. Loc. cit., p. 422.

32. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 372 e 378-380.

33. Loc. cit., p. 201.

34. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 02 abr. 2006.

35. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br> . Acesso em: 02 abr. 2006.

36. Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 8, jan./mar. 1996. Registre-se posição avançada em Paulo Gonet Branco (Aspectos de teoria geral de direitos fundamentais. In: Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 134), ao formular, quanto ao art. 5º, §1º, da CF, três assertivas: a) o preceito se refere aos direitos fundamentais em geral, não se limitando apenas aos direitos individuais; b) o significado da cláusula é o de enfatizar que as normas que definem direitos fundamentais são preceptivas, e não meramente programáticas, bem como que tais direitos se fundam na Constituição, e não na lei; c) tal dispositivo autoriza os operadores jurídicos, mesmo na ausência de lei, a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa, o que se aplica, com maior razão, aos juízes.

37. Desse tipo são, na inaudita experiência do nosso constitucionalismo, as vinculações orçamentárias para o desenvolvimento de ações em determinadas áreas, como é o caso do arts. 177, § 4º, 198, § 2º, 212 e 80, este último do ADCT.

38. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 622-633.

39. Vem a calhar observação de Luis Prieto Sanchís (Constitucionalismo y positivismo. México (D.F.): Distribuciones Fontamara, 2005. p. 15-16), consoante a qual o constitucionalismo de hoje não mais se configura ante um texto solene ou rígido, prestigiando a separação de poderes, o respeito às liberdades públicas, ou a estruturação do governo representativo. Cuida-se de noção a superar o Estado de Direito legislativo, ostentando como traço saliente a existência dum procedimento efetivo de controle de constitucionalidade das leis, baseando-se na idéia de limitação e controle do poder.

40. Exemplo da desproporcionalidade entre a pretensão e o seu custo financeiro é espelhado pelo despacho do Min. Edson Vidigal na SLS 90 (DJU de 22.02.2005) e em <http://www.stj.gov.br/SCON/decisoes/doc.jsp?livre=sls+90&&b=DTX T&p=tre&t=&1=10&i=8>, acesso em 25/07/2006, requerida pela União Federal, através do qual se suspendeu tutela antecipada, deferida pelo juízo federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Pará, compelindo-a ao depósito da importância de US\$ 218.833,00, para

custeio de transplante de medula que, de acordo com informações da requerente, poderá ser realizado nos hospitais do Sistema Único de Saúde. Ressaltou-se que a manutenção da medida poderia prejudicar um sem-número de pacientes necessitados de tratamento.

41. Manual de direitos constitucional: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Título IV, p. 395-396.

42. Para Emerson Garcia (O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. Disponível em: . Acesso em: 06 mar. 2006) parece incontroverso tratar-se de uma parcela componente do mínimo existencial, não só pelo seu aspecto intrínseco como em virtude de sua importância para a obtenção de outros direitos necessários a uma existência digna, estando de há muito consagrado em tratados e convenções internacionais.

43. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. Interesse Público, Porto Alegre, ano VI, nº 32, p. 225, 2005.

44. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 199-200, jul./set. 2004.

45. "Il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se trouve plus ou moins dans tous les actes et qui se est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives". A referência a esse excerto da decisão consta de Miguel Sáchez Morón (Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madri: Tecnos, 1994. p. 40).

46. Relembre-se aqui a admoestação de Seabra Fagundes, ao focalizar a atividade controladora dos juízes no âmbito da função administrativa: "O juiz, no desdobrar do processo executório, não se substitui ao administrador naquilo que lhe é estritamente peculiar, isto é, na apreciação política, ou, se se quiser, discricionária do procedimento administrativo. Não passa a praticar medidas ou a tomar resoluções de cunho político-administrativo. Não aprecia soluções diversas, não se decide entre umas e outras. (...) A sua vontade substitui-se à da autoridade administrativa nas providências (preestabelecidas na lei), de execução, o que está perfeitamente concorde com a posição institucional do Poder Judiciário. Não substitui na escolha entre critérios políticos deixados à sua opção, e só isto poderia representar uma usurpação pela Justiça da discricionariedade privativa do Poder Executivo" (Conceito de mérito no direito administrativo (23). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, p. 190. Seleção Histórica (matéria doutrinária publicada em números antigos (de 1 a 150)).

47. Interessante a leitura de Ana Barcelos (Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 90-91, abr./jun. 2005), ao apontar que, dentre os fins essenciais da Constituição de 1988, está a promoção dos direitos fundamentais e que as políticas públicas constituem o meio pelo qual tais anelos podem ser efetuados de forma sistemática e abrangente.

48. Na ocasião, foram citados precedentes do Superior Tribunal de Justiça (AgRg. no Ag. 645.746 – RS, 2ª T., rel. Min. João Noronha, DJU de 05-09-2005, p. 362; RESP 807.118 – RS, 1ª T., rel. Min. José Delgado, DJU de 13-03-2006, p. 228; AgRg no Ag. 723281 – RS, 2ª T., p. 306).

49. Juez y división de poderes hoy. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2002. p. 263.

50. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 35, nº 134, p. 47-48, abr./jun. 1998.

51. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 40, p. 84.

52. A título de recordação, vem à baila a atuação da Suprema Corte norte-americana nas décadas de 1950 e 1960, através da qual se interveio na política pública de educação. Trata-se do caso Brown v. Board of Education (1954), e dos que lhe seguiram, onde o Tribunal Warren, com base na cláusula do devido processo legal, declarou ilegítima a segregação racial nas escolas primárias e secundárias do Sul do país, uma vez a educação separada ser inerentemente desigual.

53. Cf.: STF, 2ª T., Ag.Reg. no RE 271.286 – RS, ac. un., rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24-11-2000, p. 101; STF, 2ª T., RE 195.192 – RS, ac. un., rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 31-03-2000, p. 60; STJ, 1ª T., RESP 684.646 – RS, ac. un., DJU de 30-05-2005, p. 247.

54. De referir-se Clèmerson Merlin Clève (O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Disponível em: . Acesso em: 02 abr. 2006), ao enaltecer o papel do Ministério Público como defensor dos interesses da sociedade, cabendo-lhe promover as medidas necessárias à adoção, pelo Estado, das políticas públicas, voltadas à realização de direitos fundamentais sociais. A potencialidade da ação civil pública, na província em comento, é ainda destacada por Andreas J. Krell (Direitos sociais e o controle judicial no Brasil e na

- Alemanha: os (descaminhos) de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 103-106).
55. Ac. un., DJU de 16-11-2004.
56. STJ, 1ª. T., ac. un., rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28-02-2005.
57. Ver Informativo – STF nº 419.
58. Ac. un., DJU de 03-02-2006.
59. Digna de transcrição a seguinte passagem da ementa: “Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostrar-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (grifos no original).
60. Precedente similar é retratado pelo RESP 575.280 – SP (STJ, 1ª. T., mv, rel. Min. Luiz Fux, DJU de 25-10-2004), resultante de ação civil pública também promovida pelo Ministério Público bandeirante contra o Município de Santo André (SP).
61. STF, Pleno, ac. un., rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 16.05.2003, p. 00090.
62. STF, Pleno, mv, rel. para o acórdão Min. Marco Aurélio, DJU de 04.03.2005.
63. Consultar: José Afonso da Silva (Mandado de injunção e habeas data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 26-27), Luiz Alberto Gurgel de Faria (Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos. Curitiba: Juruá, 2001. p. 96) e Aricê Moacyr Amaral Santos (O mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 28-29).
64. Cf. DJU de 04.05.2004, p. 00012.
65. Manuel Gonçalves Ferreira Filho (O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro, e nº 9.982, de 3 de dezembro de 1999). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, p.

13, abr./jun. 2000), Ivo Dantas (Constituição & Processo: Introdução ao Direito